

EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS: DIREITOS E EXPECTATIVAS DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Priscilla Santana Silva

RESUMO.

Criticando o novo Código Civil, o artigo questiona a situação jurídica do embrião crio-preservedo, definido como aquele que foi congelado, após tornar-se excedentário. Apresentado a lacuna existente na legislação no que se refere à temática, o artigo trabalha os fundamentos da bioquímica, discussão que se desdobra nos questionamentos éticos e morais para, finalmente, sugerir a devida regulamentação da temática.

Palavras-Chaves: Embrião Crio-Preservedo, Código Civil, Direito de Nascer.

INTRODUÇÃO

Diante das perspectivas tecnológicas, que se traduzem em progresso, o sistema jurídico brasileiro, com o intuito de inovar e readequar as normas de direito às necessidades que a sociedade moderna requer, buscou readaptar o Código Civil a esta nova realidade social.

Depois de 26 anos de discussão, o novo Código (Lei nº 10.406/02) foi aprovado pelo Congresso em agosto de 2001 e sancionado em 2002. Por nascer com atraso, critica-se a sua atualidade, apesar de procurar acompanhar as mudanças deste novo milênio.

Ao tratarmos de normas jurídicas é bom ressaltar seu objetivo maior que é o de regular a vida em sociedade uma vez que o “ser humano” é eminentemente um “ser social”. Requer, então, mecanismos de controle que possibilitem, regulem e protejam as relações humanas. Neste propósito, como o sábio filósofo afirmou – “O homem é produto do meio”, então as normas jurídicas necessitam estar em consonância com a realidade de cada época para que possam, efetivamente, produzir efeitos neste meio, alcançando o homem, inevitável objeto de estudo para a aplicação da lei.

Já prevendo possíveis lacunas da lei, a lei de introdução ao código civil, em seu artigo quarto, traz formas de integração das normas, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, que segundo Mara Diniz Helena – “tem por objetivo maior o preenchimento de possíveis lacunas, mediante aplicação e criação de normas individuais, atendendo ao espírito do sistema jurídico”.

Até mesmo a Constituição Federal reconhece o intempéries políticos, econômicos e culturais próprios de cada época que acabam por resultar em leis desprevenidas, inadequadas, por vezes, ilógicas no que concerne aos direitos de quarta geração.

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, em seu título II, a CF visou proteger o bem maior “da vida”, garantindo, como medida assecuratória, mecanismos criados por ela para defender os direitos individuais e coletivos. Assim sendo, ao elencar tais direitos, a lei maior os subdividiu em gerações.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira (apud Gabril Dezen Junior, 2003, pg. 07) “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade; a segunda, dos direitos da igualdade; e a terceira, completaria o lema da revolução Francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Logo, os direitos de primeira geração seriam os relativos aos direitos civis e políticos (liberdade ,propriedade, vida e segurança); os de segunda geração seriam os direitos sociais, econômicos e culturais; os de terceira geração estariam relacionados aos direitos de solidariedade ou fraternidade, como os direitos a um meio ambiente equilibrado, qualidade de vida, progresso, paz e autodeterminação dos povos etc. Por conseqüente, surgem no limiar deste milênio, os direitos à informática, softwares, biociência, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão de filhos gerados por inseminação artificial, clonagem, dentre outros (Op.Cit. 2003, pg. 08)

Está aí, posto em questão, a necessidade de um “olhar inovador” perante a biotecnologia que invade o mundo globalizado. E, em se tratando das leis brasileiras, sabe-se o quão incipientes são no assunto além de serem poucas. No mais, quando porventura necessitam ser votadas, encontram uma barreira burocrática, que em nome da presteza e assiduidade, criam uma série de requisitos ilógicos que se manifestam em fase de elaboração, que nada mais são do que percalços desnecessários, lerdos e incoerentes com a sociedade dinâmica e prática que requer um ordenamento jurídico consoante com a nova era – a do capitalismo técnico-científico.

Infelizmente, por ser a nossa jurisdição única e por adotarmos a forma dogmática da elaboração das leis, fundamos os alicerces de todo nosso ordenamento em posturas arcaicas, tradicionalistas, enraizadas em sistemas jurídicos que refletem uma falsa democracia. Uma vez que foge às propostas que esta sugere acaba-se por invadir o direito do outro, privando-o de sua liberdade, ficando à mercê de leis, por vezes, sequer regulamentadas, impedindo-o de exercer sua cidadania – como agente e detentor de direitos e obrigações.

É nesta lógica que se propõe fazer uma abordagem em torno da situação moral, ética e jurídica dos embriões criopreservados, posto que inúmeras são as clínicas reprodutivas, que em nome da ciência e da continuidade da vida, criam outras – embriões – deixando-os à mercê de um sistema jurídico que não lhes dá o amparo devido e legal, sendo até, descartados arbitrariamente, quando não mais utilizáveis...É a questão ética que abrange o tema? Até que ponto teríamos o direito de determinar, a este embrião, a condição de ter a vida viável ou não?

Tratarmos da condição viável de vida, neste caso, remete-os a conectá-la com a idéia de possibilidade da vida...

Vale lembrar que, como seres humanos, segundo o código civil, detentores de personalidade jurídica – que nos condiciona ao nascimento com vida – fomos antes, fecundados. Tivemos, pela lei natural, que passar à condição do embrião – e é este, a priori, o encargo que torna exequível a condição de pessoa...

EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS – VIDA VIÁVEL OU NÃO ?

A parte geral do Código Civil, no livro 1, do tratar das pessoas faz considerações à respeito da personalidade jurídica, como sendo a aptidão de adquirir direitos e obrigações.

Assim sendo, toda pessoa tem personalidade jurídica, uma vez que é sujeito de direitos e obrigações na ordem civil. E, em se tratando de sua personalidade, reconhece-se os direitos inerentes à pessoa, de caráter extra patrimonial, denominados direitos de personalidade..

È dentro desta perspectiva que se discute a situação dos embriões criopreservados – já que o mesmo código estabelece que o começo da personalidade da pessoa natural ocorre com o nascimento com vida e ainda, embora não atribua personalidade ao nascituro, o art. 2º do NCC (Novo Código Civil) afirma que “a lei põe o salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

O embrião crio-preservado é aquele que foi congelado após tornar-se excedentário – ou seja, não ter sido implantado no útero de imediato. A questão que envolve o tema é a definição de quando se daria a vida viável, pois para alguns doutrinadores, tais embriões não se equiparam aos nascituros, que é aquele implantado no útero materno, condição que lhe possibilitaria a existência, habilitando-o como ser vivo.

No entanto, procurando alicerçar a análise em torno do tema, redimensionamô-lo à uma concepção científica, embasada nos conceitos bioquímicos da formação da vida e do momento em que esta se daria.

Segundo José Luis Soares (1991, p. 180) a reprodução é uma das grandes funções vitais e a fecundação é a forma mais generalizada de reprodução sexuada que se assiste entre os seres. É o processo reprodutivo que se desencadeia pelo encontro ou fusão de um gameta masculino com um gameta feminino. Logo, a partir deste momento se daria a concepção...não estaria aí, a condição de vida viável?...

Numa outra lógica, ética e moral, encontraríamos posições religiosas e filosóficas sobre o assunto que acarretaria num debate infundável sobre o tema em questão.

No mais, o que se pretende com tal abordagem é evidenciar que a concepção é o mecanismo natural de tornar um ser “vivo”. Assim, sendo, devemos considerar este momento a condição crucial da viabilidade de uma vida...

Não obstante, o ser humano procura apropriar-se de conceitos próprios, com vistas a justificar seus atos. Se formos refletir, ainda mais, assim como o código civil enumera alguns direitos ao nascituro, sob a condição “suspensiva” de nascer com vida; não seria, a miúdo, a condição de embrião excedentário, suspensiva de aborto? Qual liame que separaria tais conjecturas?

Tendo em vista que o direito é reflexo de concepções éticas, a sociedade brasileira ainda não possui alicerces jurídicos suficientes que lhe dê respaldo em torno de temas polêmicos como este. Seria, portanto, ilógico e incoerente que deixássemos tal questão sem discussão, à cargo daqueles que têm interesses econômicos em sua imparcialidade e indiferença.

CRIO-PRESERVAÇÃO – UMA REALIDADE EM CONFRONTO COM A ATUALIDADE DA LEI.

Dentro de uma concepção jurídica, o próprio código civil, em seu artigo 159 afirma que: “Presumem-se concebidos na Constância do casamento os filhos (...) IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” - dando assim, a este embrião, a condição de seres humanos concebidos, antes mesmo de serem implantados.

Além do que, a Resolução CFM nº 1358, de 11 de novembro de 1992, adota “Normas éticas para atualização das técnicas de Reprodução Assistida (R.^a)”. Uma destas normas diz que o embrião excedente deverá ser crio-preservados, não podendo ser descartado ou destruído... Mas, e se for? Qual a punição prevista em lei para este caso? Caberia punição civil, penal e administrativa? A quem?

Quais seriam os critérios valorativos do direito deste ser? Não seria mais lógico e justo criar uma lei específica que lhe salvaguardasse direitos? Por que não lhe dar uma condição especial de “incapacidade inerente”?

Enquanto tal lei não é estabelecida, cabe aos embriões excedentários a proteção legal auferida pelos princípios gerais do direito, já que se trata de uma lacuna da lei, previstos como forma de integração das normas.

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 77) “os princípios são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”.

Então, a proteção dada aos embriões excedentários se embasaria na “moralidade – que impõe deveres positivos na obrigação de agir e negativos na obtenção de certos atos contrários aos sentimentos coletivos, no princípio de que quem exercita o próprio direito não prejudica ninguém; e, finalmente, no da intangibilidade dos valores da pessoa humana” (op. Cit., p. 77).

Estes princípios, portanto, “não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivados”. (Op. Cit. P.77).

Enfim, o impasse que sucede a questão é o direito maior que se pretende salvaguardar a este ser – “o direito à vida”, que se sobrepõe aos demais.

Escolher, arbitrariamente, o embrião que se desenvolverá, condiciona ao homem um poder de limitar e determinar a vida, infringindo tais princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, já que:

“(...) com a fusão dos gametas – masculino e feminino – determinam-se os caracteres do novo ser humano, surgindo, então, a pessoa, enquanto sujeito de direito, assim sendo Maria Helena Diniz considera como ser humano concebido o óvulo fecundado “in vitro”, caracterizando-se como titular de direitos da personalidade, como a vida, a integridade física e a saúde, tanto que há vedações quanto à manipulação genética dos mesmos”. (Albernaz Apud Diniz, 2003, p.16).

Nesta lógica, temos por fundamento a realidade de uma vida concebida, mas que não se encontra amparada legalmente. Inúmeros problemas jurídicos, principalmente patrimoniais, surgirão com o reconhecimento, deste embrião, como um “ser vivo”... No entanto, as leis foram criadas pelo homem com o propósito de resolver e procurar soluções para os impasses da vida em sociedade – e este é um deles.

CONCLUSÃO

Há toda uma dialética que envolve o momento em que se daria a concepção humana, no que concerne ao embrião excedentário.

No tocante a este aspecto, tais embriões – não implantados imediatamente - não teriam, a priori – “o direito à vida”?

A sociedade, diante desta realidade, encontra-se dividida entre a tecnologia e a moral. Além do que, torna-se assustador o quanto o homem é capaz de se adequar a um fato, que por vezes, reflete num costume que, ético ou não, o que importa é o exaltar da “inteligência humana”.

Assim, emerge mais um ato jurídico que tornando-se um fato jurídico, requer leis que ressalte o direito natural humano, levando-o a dimensionar seu convívio social num plano ético.

Logo, cabe aos cientistas da lei analisar a situação jurídica do embrião excedentário, criando leis específicas, dentro de uma lógica que dê respaldo à ciência, conquanto que não desmereça a ética, e que por fim, viabilize a proteção de seus direitos.

ABSTRACT

Criticizing the new Civil Code, the article shows the legal situation of the create-preserved embryo, defined as that one that was congealed, after excedentarial situation. Presented the existing gap in the legislation in that if it relates to the thematic one, the article works the beddings of the biochemist, quarrel that if it unfolds in the ethical and moral questionings for, finally, to suggest the due regulation of the thematic one.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SOARES, José Luis. Biologia – Volume Único – Editora Scipione – 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto, direito Civil: parte geral, volume 1/10. ed. De acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10.01.2002) – São Paulo: Saraiva, 2003 – (Coleção Sinopses Jurídicas).

ALBERNAZ, Marcelo Velasco Nascimento – Axioma Jurídico – Módulos: Direito Civil / Processo Civil – Concursos Públicos e Reciclagem Jurídica – 2003.

DINIZ, Maria Helena – Curso de direito civil brasileiro, v. 1: direito das coisas / 18. ed. Atual de acordo com o novo código civil / Lei n. 10.403, de 10.01.2002) – São Paulo: Saraiva, 2002.

PINHO, Rodrigo César Rebelho – Teoria geral da constituição e direitos fundamentais, volume 17 – e. ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2001 – (Coleção Sinopses Jurídicas).

JUNIOR, Gabriel Dezen – Noções de Direito Constitucional (apostila solução) – 2003.

KREUZER, Helen – engenharia genética e biotecnologia – Editora: Artmed – Bookman – 2002.

GUERRA – Marcelo – Introdução à citogenética geral – Editora Guanabara – 1995.

PARRA, José Roberto P. – Controle biológico no Brasil – Editora Manole – 2002.